

# **BGer 1C\_216/2022 vom 28. Juli 2022**

Bundesgericht, 2022-07-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_216\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_216_2022)

FR: TF 1C\_216/2022 du 28 juillet 2022

IT: TF 1C\_216/2022 del 28 luglio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht betrifft den Datenschutz und das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung. In diesem Bereich steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen ( Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ).

### **E. 1.2**

Angefochten ist zum einen die Verfügung vom 18. März 2022, mit der das Bundesverwaltungsgericht ein Fristerstreckungsgesuch der Bundeskanzlei gutgeheissen hat, zum andern die Verfügung vom 31. März 2022, mit der das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen hat. Diese beiden Verfügungen schliessen weder das Verfahren ab (Art. 90 f. BGG) noch stellen sie selbstständig eröffnete Vor- oder Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und den Ausstand dar ( Art. 92 BGG ). Es handelt sich vielmehr um andere Zwischenentscheide gemäss Art. 93 BGG .

### **E. 1.3**

Mit der Verfügung vom 31. März 2022 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um vorsorgliche Massnahmen ab. Aus der Begründung der Verfügung geht allerdings hervor, dass es sich als unzuständig erachtete. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Gesuch ist der Begründung der Verfügung denn auch nicht zu entnehmen. Bei der Zuständigkeit handelt es sich um eine Sachurteilsvoraussetzung ( BGE 145 III 487 E. 3.4.1 mit Hinweis). Konsequenterweise wäre deshalb gewesen, auf das Gesuch nicht einzutreten, anstatt es abzuweisen. Angefochten ist somit vor Bundesgericht dem Wesen nach ein Nichteintretensentscheid.

Der Beschwerdeführer war am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Unabhängig davon, ob er in der Sache zur Beschwerdeerhebung berechtigt wäre, ist er jedenfalls legitimiert, die Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen anzufechten, da es insoweit um seine prozessualen Parteirechte geht ( Art. 89 Abs. 1 BGG , sog. "Star-Praxis"; BGE 141 IV 1 E. 1.1; Urteil 1C\_116/2021 vom 1. Februar 2022 E. 1.2; je mit Hinweisen).

Zudem tritt das Bundesgericht unabhängig vom Erfordernis eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG auf das Rechtsmittel ein, wenn der Beschwerdeführer eine formelle Rechtsverweigerung rügt ( BGE 143 I 344 E. 1.2; 138 IV 258 E. 1.1 S. 261; Urteil 1B\_217/2019 vom 13. August 2019 E. 1.1; je mit Hinweisen).

### **E. 1.4**

Anders verhält es sich mit der Gewährung des von der Bundeskanzlei gestellten Fristerstreckungs- bzw. Fristwiederherstellungsgesuchs in der vorinstanzlichen Verfügung vom 18. März 2022. Dagegen ist die Beschwerde nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG zulässig. Der Beschwerdeführer zeigt jedoch nicht auf und es ist auch nicht ersichtlich, dass diese Verfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (lit. a) oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen würde (lit. b). Darauf ist deshalb nicht einzutreten. Derartige Zwischenentscheide sind nach Art. 93 Abs. 3 BGG durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar, soweit sie sich auf dessen Inhalt auswirken.

### **E. 1.5**

Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde gegen die Verfügung vom 31. März 2022 ist somit grundsätzlich einzutreten, nicht aber auf diejenige gegen die Verfügung vom 18. März 2022.

### **E. 1.6**

Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 98 BGG ). Diese Einschränkung der Kognition wendet das Bundesgericht auch an, wenn es um die Frage der Zuständigkeit zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme geht ( BGE 138 III 555 E. 1; Urteil 5A\_588/2014 vom 12. November 2014 E. 1.4; je mit Hinweisen).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer rügt unter anderem eine Verletzung seines Anspruchs auf ein faires Verfahren ( Art. 29 Abs. 1 BV ). Es sei nicht einsichtig, weshalb vorsorgliche Massnahmen nicht zusammen mit einer Rechtsverweigerungsbeschwerde beantragt werden könnten. Da keine förmliche Verweigerung verfügungsmässigen Handelns vorliege (bspw. ein Nichteintretensentscheid nach Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG ), sei eine Rechtsverweigerungsbeschwerde legitim. Wenn die Bundeskanzlei nicht die korrekte Adressatin gewesen wäre, hätte sie das Begehren ohne Verzug der zuständigen Behörde überweisen müssen ( Art. 8 Abs. 1 VwVG ). Hinsichtlich der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, er habe eine Anfrage auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zunächst an die Bundeskanzlei zu richten und diese hätte einen begründeten Nichteintretensentscheid zu fällen, falls sie sich nicht als zuständig erachte, sei festzuhalten, dass sein Schreiben vom 18. Januar 2022 eine entsprechende Anfrage beinhalte. Warum diese nicht rechtskonform sei, sei nicht begründet worden.

### **E. 2.2**

Art. 29 Abs. 1 BV verankert unter anderem das Verbot der formellen Rechtsverweigerung. Im engeren Sinne liegt eine solche vor, wenn eine Behörde auf eine Eingabe fälschlicherweise nicht eintritt oder eine solche nicht an die Hand nimmt und behandelt, obwohl sie dazu verpflichtet wäre. Überspizter Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung. Eine solche liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und den Bürgern und Bürgerinnen den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (zum Ganzen: BGE 144 II 184 E. 3.1 ; 135 I 6 E. 2.1; je mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Das Bundesverwaltungsgericht hielt mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1C\_45/2009 [recte: 2C\_45/2009] vom 26. Mai 2009 fest, die Rechtsverweigerungsbeschwerde habe keine Devolutivwirkung, weshalb die Zuständigkeit in der Angelegenheit und damit auch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bei der (angeblich säumigen) Vorinstanz verbleibe. Davon, die Sache an die seines Erachtens zuständige Behörde zu überweisen ( Art. 8 Abs. 1 VwVG ) sah es indessen ebenso ab wie von einer Beantwortung der Frage, ob die Bundeskanzlei in der Sache bzw. für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig sei. Stattdessen forderte es den Beschwerdeführer auf, sein Begehren an die Bundeskanzlei zu richten und einen allfälligen Nichteintretensentscheid mit Beschwerde anzufechten.

### **E. 2.4**

Unter Vorbehalt von Art. 58 VwVG geht gemäss Art. 54 VwVG die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über (sogenannte Devolutivwirkung). Im gleichen Masse verliert die Vorinstanz die Befugnis, sich mit der Sache zu befassen. Dies schliesst auch den Erlass vorsorglicher Massnahmen ein (Urteil 2C\_786/2010 vom 19. Januar 2011 E. 2.2.2). Die Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde hat jedoch gemäss der Rechtsprechung grundsätzlich keine derartige Wirkung: Sie ist gerade darauf ausgelegt, die Vorinstanz zu veranlassen, über die bei ihr eingereichten Anträge zu befinden. Die Zuständigkeit in der Angelegenheit selber verbleibt somit bei der (angeblich säumigen) Instanz (Urteil 2C\_45/2009 vom 26. Mai 2009 E. 2.2.3 mit Hinweisen).

### **E. 2.5**

Allerdings lässt die Praxis vom Grundsatz, dass die Rechtsmittelinstanz bei Gutheissung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde nicht in der Sache selbst entscheiden kann, sondern diese mit der Anweisung zum Entscheid an die Vorinstanz zurückweisen muss, aus Gründen der Prozessökonomie und zur Vermeidung von überspitztem Formalismus Ausnahmen zu ( BVGE 2010/53 E. 10.1; 2009/1 E. 4.2; je mit Hinweisen). Zu berücksichtigen ist auch, dass ein zu enges Verständnis des Streitgegenstands dessen Schutzfunktion in sein Gegenteil verkehrt: Bleibt die Behörde, deren Aufgabe es wäre, eine Verfügung zu erlassen, untätig, kann die Weigerung der Rechtsmittelinstanz, auf ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen einzutreten, im Fall von Dringlichkeit die Wirksamkeit des nachfolgenden Entscheids und damit den Rechtsschutz vereiteln (zum Zweck vorsorglicher Massnahmen: THOMAS MERKLI, Vorsorgliche Massnahmen und die aufschiebende Wirkung bei Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiären Verfassungsbeschwerden, ZBl 109/2008 S. 417; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rn. 3.18; ferner CHRISTOPH AUER, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, 1997, S. 37). Der unbedingte Hinweis des Bundesverwaltungsgerichts auf die fehlende Devolutivwirkung der Rechtsverweigerungsbeschwerde vermag deshalb im Licht des Primats eines effektiven Rechtsschutzes nicht zu überzeugen.

### **E. 2.6**

Mit seinem Einwand, erst gegen einen allfälligen Nichteintretensentscheid zu einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen könne Beschwerde erhoben werden, übersieht das

Bundesverwaltungsgericht weiter, dass der Beschwerdeführer die Bundeskanzlei mit seinem Schreiben vom 18. Januar 2022 bereits darum ersuchte, das Projekt "Auslagerung in die Cloud" im Falle mangelnder gesetzlicher Grundlage zu stoppen. Zudem wies er in diesem Schreiben ausdrücklich auf die Dringlichkeit seines Ersuchens hin und verlangte, es sei ihm innerhalb von 28 Tagen eine anfechtbare Verfügung zuzustellen, falls die Bundeskanzlei der Bitte nicht nachkomme. Dieses Ersuchen entspricht inhaltlich dem Antrag an das Bundesverwaltungsgericht, die Bundesverwaltung vorsorglich dazu anzuhalten, sofort sämtliche Aktivitäten im Bereich Cloud Computing mit einem ausländischen Anbieter einzustellen, bis festgestellt werde, ob eine hinreichende gesetzliche Grundlage für diese Aktivitäten bestehe.

### **E. 2.7**

Die Bundeskanzlei kam dem an sie gerichteten Ersuchen innert der vom Beschwerdeführer gewünschten Frist nicht nach und sie brachte in ihrer Vernehmlassung zu Händen des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. März 2022 klar die Auffassung zum Ausdruck, dem Beschwerdeführer fehle die Legitimation und er habe nicht hinreichend dargetan, dass er Anspruch auf eine Verfügung habe. Von einer Obliegenheit des Beschwerdeführers auszugehen, bei der Bundeskanzlei ein Gesuch zu stellen, das sich ausdrücklich auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen bezieht, kommt vor diesem Hintergrund einem prozessualen Leerlauf gleich und stellt überspannte Anforderungen an Rechtsschriften ( Art. 29 Abs. 1 BV ).

### **E. 2.8**

Hinzu kommt, dass gegen das unrechtmässige Verweigern einer anfechtbaren Verfügung Beschwerde geführt werden kann ( Art. 46a VwVG ). Die Rechtsverweigerungsbeschwerde kommt gerade dort zur Anwendung, wo keine anfechtbare Verfügung vorliegt, jedoch ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung in vertretbarer Weise geltend gemacht wird (Urteil 2C\_752/2012 vom 19. November 2012 E. 2 mit Hinweisen; dies gilt auch für Zwischenverfügungen: Urteil 5A\_769/2015 vom 1. September 2016 E. 3.5 mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht legte nicht dar, dass der Beschwerdeführer keinen solchen vertretbaren Anspruch besitze. Vielmehr wies es, wie bereits ausgeführt, darauf hin, die Bundeskanzlei habe nicht geltend gemacht, im Zusammenhang mit der Cloud-Strategie der Bundesverwaltung und der Beschaffung der Cloud-Dienstleistungen nicht die federführende Stelle zu sein. Weiter erwog es, das schutzwürdige Interesse könne nicht allein mit dem Argument verneint werden, der Beschwerdeführer sei von der geplanten Datenbearbeitung nicht intensiver betroffen als andere Personen, deren Daten durch Organe des Bundes bearbeitet würden. Dennoch beharrte es auf einer anfechtbaren Verfügung zur angebehrten vorsorglichen Massnahme. Damit wendete es Art. 46a VwVG offensichtlich falsch an.

### **E. 2.9**

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Indem das Bundesverwaltungsgericht weder die Frage nach der Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen in verbindlicher Weise beantwortete noch sich mit dem Gesuch des Beschwerdeführers um vorsorgliche Massnahmen inhaltlich befusste, verletzte es aus den genannten Erwägungen das Verbot der formellen Rechtsverweigerung. Die Rüge des Beschwerdeführers ist begründet.

### **E. 3**

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die Zwischenverfügung vom 31. März 2022 ist aufzuheben und die Sache zur beförderlichen Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das mit Eingabe vom 21. Juni 2022 gestellte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen bzw. um Wiedererwägung der bundesgerichtlichen Präsidialverfügung vom 12. Mai 2022 wird damit gegenstandslos.

Bei diesem Verfahrensausgang erscheint es gerechtfertigt, keine Gerichtskosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG ). Da der Beschwerdeführer nicht anwaltlich vertreten ist, ist zudem keine Parteientschädigung zuzusprechen ( Art. 68 Abs. 1-3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.